



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.197 - SP (2011/0257964-9)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO
ADVOGADO : ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANE ANDRÉA SIVIERO ZANQUETA
PACIENTE : ISAIAS SANTOS

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. AUSÊNCIA DE ÓBICE APÓS A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO AO BENEFÍCIO AFASTADA PELO STF. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Impetrante que não buscou o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, ao se utilizar da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

II. Hipótese que seria, em tese, de não conhecimento do *writ*, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, mas que revela a ocorrência de flagrante ilegalidade a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

III. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o qual constituía entrave à progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, o fundamento então utilizado para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos deixou de persistir, se do delito foi praticado na vigência da Lei n. 6.368/76 (Precedente).

IV. Tendo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes sido praticado sob a égide da vetusta Lei de Drogas, a dicção do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 - que estabelece que o óbice à substituição da pena corporal por restritiva de direitos -, por ser mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus.

V. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, declarou incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

VI. A gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não justifica o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, notadamente em hipóteses como a dos autos, no qual foi reconhecida a primariedade dos pacientes, assim como o fato destes ostentarem condições pessoais amplamente favoráveis, o que ensejou, inclusive, a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da novel Lei 11.343/06.

VII. Deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo-se, no mais, a condenação.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.197 - SP (2011/0257964-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à revisão criminal ajuizada por IZAIAS SANTOS e LUCIANE ANDRE SIVIERO ZANQUETA.

Absolvidos em primeiro grau de jurisdição, os pacientes foram condenados pelo Colegiado de origem à pena de 04 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, como incursos nas sanções dos arts. 12, *caput*, c/c art. 18, III, da vetusta Lei 6.368/76.

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, foi ajuizado pleito revisional perante a Corte *a quo*, o qual restou parcialmente provido para reduzir as penas a 03 anos de reclusão, com possibilidade de progressão de regime prisional.

Eis a ementa do referido julgado:

"REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Alegação de contrariedade à evidência dos autos. Inocorrência. Causa de aumento do art. 18, III, da Lei 6.368/76 não prevista na atual legislação. Cancelamento. Substituição das penas corporais por restritivas de direitos. Inadmissibilidade. Possibilidade, porém, de progressão de regime prisional, devido à inovação legislativa posterior ao v. acórdão. Pedido revisional parcialmente deferido para a redução das penas ao piso legal e afastamento do regime integralmente fechado" (fl. 66).

Daí a presente impetração, na qual a Defesa alega inexistir óbice à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, já que os pacientes preenchem todos os requisitos necessários para a obtenção de tal benesse, considerando o *quantum* de pena imposto e o fato de ostentarem circunstâncias pessoais amplamente favoráveis.

Alega, para tanto, que o Colegiado de origem, ao vedar a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso em apreço, baseou-se no óbice trazido pela novel Lei de Drogas, que em que pese esta ainda não estar em vigor na data dos fatos sob apuração. Diante disso, afirma a existência de flagrante constrangimento ilegal, já que a *lex gravior* não pode retroagir.

Pugna, assim, pela conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

Liminar indeferida à fl. 130.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 152/154, opinando pela concessão parcial da ordem, a fim de que o Juízo das Execuções avalie a viabilidade da conversão das penas corporais em restritivas de direitos.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.197 - SP (2011/0257964-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à revisão criminal ajuizada por IZAIAS SANTOS e LUCIANE ANDRE SIVIERO ZANQUETA.

Absolvidos em primeiro grau de jurisdição, os pacientes foram condenados pelo Colegiado de origem à pena de 04 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, como incursos nas sanções dos arts. 12, caput, c/c art. 18, III, da vetusta Lei 6.368/76.

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, foi ajuizado pleito revisional perante a Corte *a quo*, o qual restou parcialmente provido para reduzir as penas a 03 anos de reclusão, com possibilidade de progressão de regime prisional.

Daí a presente impetração, na qual a Defesa alega inexistir óbice à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, já que os pacientes preenchem todos os requisitos necessários para a obtenção de tal benesse, considerando o *quantum* de pena imposto e o fato de ostentarem circunstâncias pessoais amplamente favoráveis.

Alega, para tanto, que o Colegiado de origem, ao vedar a aplicação do art. 44 do Código Penal ao caso em apreço, baseou-se no óbice trazido pela novel Lei de Drogas, que em que pese esta ainda não estar em vigor na data dos fatos sob apuração. Diante disso, afirma a existência de flagrante constrangimento ilegal, já que a *lex gravior* não pode retroagir.

Pugna, assim, pela conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Passo à análise da irresignação.

No caso em apreço, infere-se que o impetrante não buscou o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, ao se utilizar da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Por outro lado, o presente caso revela a ocorrência de flagrante ilegalidade a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, o Colegiado de origem manteve o óbice à substituição da pena corporal por restritiva de direitos nos seguintes termos:

“Finalmente, a pretendida substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, não pode ser deferida, pois, a despeito de o quantum



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena permitir, em princípio, a substituição, a medida que não se mostra suficiente à repressão e prevenção do gravíssimo delito praticado, equiparado a hediondo, daí porque a atual legislação a respeito veda expressamente a concessão de tal benefício (artigo 44, da Lei 11.343/06).

Com efeito, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentemente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o qual constituía entrave à progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, o fundamento então utilizado para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos deixou de persistir. Assim, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o réu passou a ter direito a tal benesse, se do delito foi praticado na vigência da Lei n. 6.368/76.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado desta Turma:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. **CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI N.º 11.464/2007. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.***

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não permanece nenhum empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bastando que o acusado atenda aos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.

***3. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda a adequação do regime prisional, nos termos do art. 33 do Código Penal, bem como o exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos"** (HC 159172 / SP, Ministra LAURITA VAZ , Quinta Turma, DJe 21/11/2011).*

Por consectário, *in casu*, tendo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes sido praticado sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a dicção do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 - que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelece que o óbice à substituição da pena corporal por restritiva de direitos - , por ser mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 1º de setembro de 2010, manifestou-se sobre a matéria no julgamento HC n.º 97.256 -RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tendo declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/06.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

"Habeas Corpus. 2. Dosimetria da pena. Nulidade. 3. Tráfico de entorpecentes. Quantidade de droga. Previsão no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. 4. Traficante eventual ou de menor potencial. Atenuante do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. 5. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime praticado sob a égide da Lei n.º 11.343/2006. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida"

(HC 104423/AL, Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 21/09/2010).

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida"

(HC 102678/MG, Relator Ministro Eros Graus, Segunda Turma, Dje de 09/03/10).

De outra banda, cumpre ressaltar que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não justifica o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, notadamente em hipóteses como a dos autos, no qual foi reconhecida a primariedade dos pacientes, assim como o fato destes ostentarem condições pessoais amplamente favoráveis, o que ensejou, inclusive, a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da novel Lei 11.343/06.

Assim, mostra-se possível a conversão da sanção corporal em restritiva de direito, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo-se, no mais, a condenação.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.-

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0257964-9

HC 223.197 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1249883 3956413 4712001 4864486220108260000

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO
ADVOGADO : ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANE ANDRÉA SIVIERO ZANQUETA
PACIENTE : ISAIAS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.